

**Sag C-134/24 [Tomann] <sup>1</sup>**

**Supplement til anmodning om præjudiciel afgørelse**

**Dato for indlevering:**

26. februar 2024

**Forelæggende ret:**

Bundesarbeitsgericht (Tyskland)

**Afgørelse af:**

1. februar 2024

**Sagsøgt, appellat og revisionsappellant:**

UR, som kurator i konkursboet efter V GmbH

**Sagsøger, appelindstævnt og revisionsindstævnt:**

DF

---

**BUNDESARBEITSGERICHT**

6 AZR 157/22 (B)

[Udelades]

Afsagt den

14. december 2023

**KENDELSE**

[Udelades]

I sagen

[UR, som kurator i konkursboet efter V GmbH]

sagsøgt, appellat og revisionsappellant,

<sup>1</sup> Den foreliggende sags navn er et vedtaget navn. Det svarer ikke til et navn på en part i sagen

[mod]

[DF]

sagsøger, indstævnt og revisionsindstævnt,

har Bundesarbeitsgerichts (forbundsdomstol i arbejdsretlige sager) sjette afdeling efter retsmødet den 14. december 2023 [udelades] afsagt følgende kendelse:

- I. Følgende forespørgsel stiles til Bundesarbeitsgerichts (forbundsdomstol i arbejdsretlige sager) anden afdeling i henhold til § 45, stk. 3, første punktum, i Arbeitsgerichtsgesetz (lov om arbejdsretlige instanser, herefter »ArbGG«):

Fastholdes den retsopfattelse, som er indtaget siden dommen af 22. november 2012 (2 AZR 371/11), at en opsigelse som retshandel er i strid med et lovfæstet forbud som omhandlet i § 134 i Bürgerliches Gesetzbuch (borgerlig lovbog, herefter »BGB«), og at opsigelsen derfor er ugyldig, når der ikke foreligger en gyldig meddelelse i henhold til Kündigungsschutzgesetz' (lov om beskyttelse mod opsigelse, herefter »KSchG«) § 17, stk. 1 og 3, når opsigelsen afgives?

- II. Sagen udsættes.

### Præmisser

#### A. Sagens faktiske omstændigheder

Parterne er uenige om, hvorvidt en virksomhedsbetinget opsigelse er ugyldig, fordi sagsøgte ikke gav meddelelse om kollektiv afskedigelse som påkrævet.

Sagsøgeren havde siden 1994 været ansat hos V Handelsgesellschaft mbH (herefter »debitor«), hvor der ikke var oprettet et samarbejdsudvalg. Debtors bo blev den 1. december 2020 taget under insolvensbehandling, og sagsøgte blev udpeget som kurator. I perioden fra den 12. november 2020 og den 29. december 2020 bragte kurator gennem opsigelser eller indgåelse af fratrædelsesaftaler samtlige 22 ansættelsesforhold til ophør, som i oktober 2020 fortsat forefandtes hos debitor. Kurator opsagde sagsøgerens ansættelsesforhold pr. 31. marts 2021 ved en skrivelse af 2. december 2020, som sagsøgeren modtog den 8. december 2020. Inden for perioden på 30 dage havde kurator dermed afskediget mere end fem arbejdstagere. Han havde ikke forudgående givet meddelelse om en kollektiv afskedigelse i henhold til KSchG's § 17, stk. 1. Sagsøgerens ansættelsesforhold ophørte på grund af en senere opsigelse pr. 31. juli 2021.

Sagsøger gør med sit søgsmål vedrørende beskyttelse mod opsigelse, som er anlagt inden for fristen – for så vidt som det på nuværende tidspunkt fortsat er relevant – gældende, at opsigelsen af 2. december 2020 er ugyldig, fordi sagsøgte ikke forudgående gav meddelelse om kollektiv afskedigelse.

Sagsøgeren har hidtil nedlagt følgende påstande:

1. Det fastslås, at ansættelsesforholdet ikke blev bragt til ophør ved opsigelsen af 2. december 2020, men fortsat består.
2. Sagsøgte dømmes til at fortsat at beskæftige ham [udelades] indtil proceduren til anfægtelse af afskedigelsen er endeligt afsluttet.

Sagsøgte har som begrundelse for sin påstand om frifindelse gjort gældende, at debitor på tidspunktet for indledningen af insolvensbehandlingen kun beskæftigede 19 arbejdstagere, således at tærskelværdien i KSchG's § 17, stk. 1, ikke var overskredet, og han ikke var forpligtet til at give meddelelse om kollektiv afskedigelse.

Afdelingen fastslog ved kendelse af 11. maj 2023, at debtors virksomhed på tidspunktet for afskedigelsen »i reglen« fortsat beskæftigede mere end 20 arbejdstagere, og at sagsøgte derfor skulle have givet meddelelse om kollektiv afskedigelse, før han erklærede den omtvistede opsigelse. For så vidt angår afgørelsen om sanktionen for tilsidesættelsen af forpligtelsen i henhold til KSchG's § 17, stk. 1, første punktum, nr. 1, som retten havde konstateret, udsatte den sagen på Den Europæiske Unions Domstols afgørelse i den præjudicielle sag C-134/22, som blev afsagt den 13. juli 2023.

## **B. Præmisser**

Sagsøgte tilsidesatte, som den forelæggende ret allerede har fastslået, sin forpligtelse i henhold til KSchG's § 17, stk. 1, til at give meddelelse om kollektiv afskedigelse. Efter sjette afdelings opfattelse er sanktionen for denne fejl ligesom for alle andre tænkelige fejl fra arbejdsgiverens side under meddelelsesproceduren ikke, at opsigelsen er ugyldig i henhold til BGB's § 134. Sanktionen for sådanne fejl skal tværtimod fastsættes af lovgiver. Afdelingen ser sig imidlertid afskåret fra at træffe en sådan afgørelse som følge af Bundesarbeitsgerichts (forbundsdomstol i arbejdsretlige sager) anden afdelings afgørelse vedrørende ugyldighedsvirkningen af fejl i meddelelsesproceduren (*BAG's dom af 22.11.2012, 2 AZR 371/11, BAGE 144, 47*).

## **I. Meddelelsesproceduren**

- 1 Ved KSchG's § 17 gennemføres de forpligtelser, som med direktivet om kollektiv afskedigelse 98/59/EF (herefter »direktiv 98/59«) indføres for medlemsstaterne, i tysk ret (*BAG's dom af 27.1.2022, 6 AZR 155/21 (A), præmis 14; af 21.3.2012, 6 AZR 596/10, præmis 21; BT-Drs. 8/1041 s. 4; BT-Drs. 13/668 s. 8 f.*). Hverken direktiv 98/59 eller KSchG's §§ 17 ff. indeholder imidlertid udtrykkelige sanktionsbestemmelser for fejl i proceduren for kollektiv afskedigelse. EU-lovgiver fulgte ikke Kommissionens forslag om at optage en forpligtelse for medlemsstaterne i direktiv 98/59 til at erklære »kollektive afskedigelser, der sker i modstrid med direktivet, ugyldige« (*Forslag til Rådets direktiv om ændring af*

direktiv 75/129/EØF om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger vedrørende kollektive afskedigelser af 13.11.1991, s. 6, EFT C 310 af 30.11.1991, s. 5). EU-lovgiver pålagde kun medlemsstaterne at sikre, at arbejdstagernes repræsentanter og/eller arbejdstagerne har adgang til retslige og/eller administrative procedurer, der gør det muligt at sikre overholdelsen af de forpligtelser, der er fastsat i direktivet (*artikel 6 i direktiv 98/59*).

Derfor skal medlemsstaterne finde sanktioner for fejl i kollektive afskedigelsesprocedurer i deres nationale lovgivning. Overtrædelser af EU-retten skal bekæmpes efter samme materielle og processuelle regler (*jf. Domstolens dom af 10.11.2022, C-385/21, Zenith Media Communiacione, præmis 34; af 16.7.2009, C-12/08, Mono Car Styling, præmis 34 ff.*), som efter national ret gælder for overtrædelser af samme art og grovhed, og sanktionen skal under alle omstændigheder være effektiv, stå i rimeligt forhold til overtrædelser og have en afskrækkende virkning (*for direktiv 98/59 Domstolens dom af 8.6.1994, C-383/92, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, præmis 40; BAG's dom af 22.11.2012, 2 AZR 371/11, præmis 32, BAGE 144, 47*). Det er altså ikke kun ækvivalensprincippet og effektivitetsprincippet – *effet utile* – (*BAG's dom af 27.1.2022, 6 AZR 155/21 (A), præmis 18; af 13.2.2020, 6 AZR 146/19, præmis 98, BAGE 169, 362; jf. også Domstolens dom af 17.3.2021, C-652/19, Consulmarketing, præmis 43*), der skal overholdes. Sanktionen skal derudover også være forholdsmæssig (*jf. f.eks. Domstolens kendelse af 19.12.2019, C-645/18, Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld, præmis 29 ff. og den deri nævnte retspraksis; Dauses/Ludwigs EU-WirtschaftsR- HdB/Brigola C. I. Grundregeln, udgave januar 2019, præmis 314 ff.*). Det påhviler de nationale domstole at afgøre, om den nationale lovgivning opfylder disse krav (*Domstolens dom af 29.10.2009, C-63/08, Pontin, præmis 49; dom af 23.4.2009, C-378/07-C-380/07, Angelidaki m.fl., præmis 163, 158. ff.*). Det samme gælder for spørgsmålet, om der overhovedet kan udledes sanktioner af national ret efter de herfor gældende regler, og i givet fald hvilke.

- 2 Bundesarbeitsgerichts anden afdeling har siden sin afgørelse af 22. november 2021 (*2 AZR 371/11, præmis 31 ff., BAGE 144, 47*) lagt til grund, at KSchG's § 17, stk. 1, sammenholdt med stk. 3, er et lovfæstet forbud som omhandlet i BGB's § 134, og at manglende afgivelse af en gyldig meddelelse om kollektiv afskedigelse i henhold til princippet om *effet utile* fører til, at opsigelsen er ugyldig. Dette tilsluttede Bundesarbeitsgerichts (forbundsdomstol i arbejdsretlige sager) sjette afdeling sig i sine afgørelser af 13. december 2012 (*jf. 6 AZR 772/11, præmis 61, og 6AZR 752/11, præmis 64, 72*) uden selvstændig begrundelse, og afdelingen har lige som anden afdeling efterfølgende fastholdt dette (*BAG's dom af 21.3.2013, 2 AZR 60/12, præmis 42 og den deri nævnte retspraksis, BAGE 144, 366; af 20.2.2014, 2 AZR 346/12, præmis 46 og den deri nævnte retspraksis, BAGE 147, 237; af 13.2.2020, 6 AZR 146/19, præmis 97 og den deri nævnte retspraksis, BAGE 169, 362; af 14.5.2020, 6 AZR 235/19, præmis 134 f., BAGE 170, 244; af 27.1.2022, 6 AZR 155/21 (A), præmis 19ff. og den deri nævnte retspraksis; og af 19.5.2022, 2 AZR 467/21, præmis 13*).

3 KSchG's § 17 forpligter arbejdsgiveren til at gennemføre en påkrævet procedure for kollektive afskedigelser korrekt forud for opsigelsen. Efter fornyet prøvelse af retsstillingen er Bundesarbeitsgerichts (forbundsdomstol i arbejdsretlige sager) sjette afdeling af den opfattelse, at overtrædelser af pligten til at give korrekt meddelelse om kollektive afskedigelser til den kompetente instans Agentur für Arbeit (arbejdsformidlingen), som er reguleret i KSchG's § 17, stk. 1 og stk. 3, ikke fører til, at opsigelsen er ugyldig i henhold til BGB's § 134. Efter sjette afdelings opfattelse sanktioneres denne bestemmelse i henhold til sin dogmatik, som der ikke blev taget tilstrækkeligt hensyn til i den hidtidige retspraksis vedrørende følgerne af arbejdsgiverens pligtforsømmelser i meddelelsesproceduren, ikke tilsidesættelser af pligten til at give meddelelse.

a) Anvendelsesområdet for BGB's § 134 udelukker ganske vist ikke generelt opsigelser. Som ensidig viljeserklæring kan også en opsigelse være en retshandel som omhandlet i BGB's § 134 (*BAG's dom af 20.3.2019, 7AZR 237/17, præmis 39, BAGE 166, 202; af 19.12.2013, 6 AZR 190/12, præmis 4 ff., BAGE 43, 62; MüKoBGB/Armbrüster 9. oplag, § 134, præmis 34; Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger (2021) § 134, præmis 20*).

b) Også i forbindelse med proceduren for kollektive afskedigelser har arbejdsgiveren den retlige udformningsmulighed, som er en forudsætning for anvendelsen af BGB's § 134 (*jf. Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger (2021) § 134, præmis 10 f.; MüKoBGB/Armbrüster 9. oplag, § 134, præmis 9 ff.*). KSchG's § 17 begrænser ikke muligheden for opsigelse som sådan, men lader tværtimod arbejdsgiverens erhvervsmæssige beslutningsfrihed og dermed dennes frihed til at udforme retshandler uberørt (*jf. for KSchG's §17, stk. 2, BAG's dom af 8.11.2022, 6 AZR 16/22, præmis 47*). KSchG's § 17 foreskriver heller ikke formkrav for opsigelsen, sådan som det f.eks. sker i BGB's § 623, hvor skriftform anordnes. KSchG's § 17, stk. 1 og 3, forpligter kun arbejdsgiveren til forud for opsigelsen at sende oplysninger til arbejdsformidlingen, som skal gøre det muligt for denne inden for den periode, der er fastsat i KSchG's § 18, effektivt at søge efter løsninger for de problemer, der opstår som følge af de planlagte kollektive afskedigelser (*jf. BAG's dom af 13.6.2019, 6 AZR 459/18, præmis 31, BAGE 167, 102; BT-Drs. 8/1041 s. 5*).

c) KSchG's § 17, stk. 1 og 3, opfylder imidlertid efter sjette afdelings opfattelse ikke kravene til lovfæstet forbud. Arbejdsgiverens forpligtelser i meddelelsesproceduren har ikke den påkrævede **karakter af forbud**.

aa) BGB's § 134 giver udtryk for principperne om forholdet mellem lovregulering og regulering ved retshandel, som ligger til grund for BGB. Bestemmelsen har til formål at regulere retsvirkningerne vedrørende retshandlers gyldighed i forbindelse med forbud, som ikke forholder sig endeligt til de civilretlige følger af en overtrædelse af det pågældende forbud. Den har til formål at give sådanne forbud gyldighed, idet den transformerer bedømmelser fra andre retsområder til retshandlernes område. Bestemmelsen har således en supplerende

karakter (jf. *MüKoBGB/ Armbrüster 9. oplag, § 134, præmis 1; Staudinger/Seibl/ Fischinger/Hengstberger (2021) § 134, præmis 1*).

bb) Med udgangspunkt i dette mål for BGB's § 134 har en lov karakter af forbud, hvis den enten forbyder **indholdet** af bestemte retshandler eller **foretagelsen** af dem under bestemte omstændigheder, som er i strid med forbuddet, og derfor vil forhindre denne retshandel (jf. *BGH's dom af 1.6.1966, VIII ZR 65/64, vedr. præmis 1 2, BGHZ 46, 24; Staudinger/Seibl/ Fischinger/Hengstberger (2021) § 134, præmis 3 ff., 49*). Om dette er tilfældet, skal undersøges med udgangspunkt i bestemmelsens formål ved fortolkning. Det afgørende er, om lovgiver i tredjemands eller almenhedens interesse misbilliger retshandlens indhold og derfor vil forhindre, at den består, henholdsvis vil fratage retshandler, der er foretaget i strid med loven, deres virkning (*Soergel/Meier 14. oplag, § 134, præmis 25 ff., 32 f.*). I sidste ende kommer det an på, om lovgiver ønsker at nægte den retshandel, der er i strid med forbuddet, dens tilsigtede resultat (jf. *Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger (2021), § 134, præmis 3, 5, 49; jf. også MüKoBGB/Armbrüster 9. oplag, § 134, præmis 58 f., 66*).

cc) Ifølge lovgivers vilje i forbindelse med KSchG skal retsvirkningen af opsigelsen ikke berøres, heller ikke i tilfælde af overtrædelser af pligten til at give meddelelse i henhold til KSchG's § 17, stk. 1 og 3. Det retlige resultat af opsigelsen skal ikke drages i tvivl; tværtimod skal ansættelsesforholdet uanset en sådan overtrædelse afsluttes ved opsigelsesfristens udløb. I forbindelse med meddelelsesproceduren påhviler der kun arbejdsgiveren administrative og proceduremæssige forpligtelser uden for ansættelsesforholdet, som efter sjette afdelings opfattelse end ikke ved mangelfuld opfyldelse kan indvirke på opsigelsens gyldighed og derfor allerede udelukker, at KSchG's § 17, stk. 1 og 3, kvalificeres som et lovfæstet forbud (jf. *Moll RdA 2021, 49, 55 f.; Sagan Anm. EuZW 2023, 859, 862*).

(1) Meddelelsesproceduren skal ganske vist indledes med afgivelsen af meddelelsen, inden opsigelsen modtages. Den har imidlertid ikke længere til formål at forhindre opsigelsen, da arbejdsformidlingen hverken kan eller bør påvirke dannelsen af arbejdsgiverens vilje (jf. *BAG's dom af 13.6.2019, 6 AZR 459/18, præmis 28, BAGE 167, 102*). Arbejdsformidlingens aktivitet sker tværtimod i tilknytning til en sådan viljesbeslutning (*BAG's dom af 13.2.2020, 6 AZR 146/19, præmis 71, BAGE 169, 362, jf. også præmis 13*) og forudsætter netop en gyldig opsigelse. Meddelelsen skal gøre det muligt for arbejdsformidlingen at indstille sig på den socioøkonomiske belastning af det lokale arbejdsmarked, som indtræder på grund af den gyldige opsigelse af et større antal arbejdstagere. Den har således kun et arbejdsmarkedspolitisk formål (*BAG's dom af 11.3.2023, 6 ZXR 267/22, præmis 40; BT-Drs. 8/1041 s. 5*).

(2) Det følger samtidig af denne lovgivningsstruktur, at meddelelsen af en kollektiv afskedigelse ifølge i hvert fald den nationale lovgivers utvetydige vilje, som ikke kan fortolkes, ikke har til formål at beskytte den enkelte arbejdstager, som er berørt af en kollektiv afskedigelse. Den erstatter ikke de individuelle

formidlingsbestræbelser og forbereder dem ikke en gang konkret. Den er kun en »forudgående foranstaltning« (*Schubert/Schmitt JbArbR, bd. 599, s. 81, 102*). Dermed har den ganske vist indirekte også individualbeskyttende virkning (*BAG's dom af 13.2.2020, 6 AZR 146/19, præmis 103, BAGE 169, 362*). Denne virkning er imidlertid kun en refleks af meddelelsesproceduren, ikke formålet med den (*Gulbins SPA 2023, 93; Boemke jurisPR-ArbR 25/2013, anm. 2 under C III 3; Holler NZA 2019, 291, 292*). Formidlingen af de enkelte arbejdstagere, som er berørt af den kollektive afskedigelse, skal uafhængigt af meddelelsesproceduren gennemføres af arbejdsformidlingen det sted, hvor den pågældende har bopæl. De to procedurer forløber i forskellige strukturer og kan ophøre på forskellige tidspunkter.

d) Selv hvis KSchG's § 17, stk. 1 og 3, kunne kvalificeres som et lovfæstet forbud, er sjette afdeling af den opfattelse, at KSchG's § 17, stk. 1 og 3, ifølge sit formål ikke kræver, at de opsigelser, der er sket under tilsidesættelse af de pligter, der påhviler arbejdsgiveren i forbindelse med meddelelsesproceduren, er ugyldige. Tværtimod er dette formål til hinder for ugyldighedsanordningen i BGB's § 134.

aa) BGB's § 134 indeholder for så vidt angår sanktionsfølgen ved overtrædelser af lovfæstede forbud kun en fortolkningsregel. Derfor skal det i den konkrete sag prøves, om det lovfæstede forbud i henhold til sit formål uden undtagelse har til formål at sanktionere overtrædelser af forbuddet med retshandlens ugyldighed, eller om det for så vidt ikke kræver ugyldighed, men også anser en anden sanktion for tilstrækkelig (*jf. BGH's dom af 24.9.2014, VIII ZR 350/13, præmis 14; 4.4.1966, VIII ZR 20/64, vedr. præmis 4, BGHZ 45, 322; jf. for vedvarende forpligtelser BGH's dom af 7.12.2010, KZR 71/08, præmis 57; Mugdan Die gesamten Materialien zum BGB bd. I, s 969; Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger (2021) § 134, præmis 88; MüKoBGB/Armbrüster 9. oplag, § 134, præmis 177*).

bb) KSchG's § 17, stk. 1 og 3, har ikke til formål hverken at påvirke opsigelsesmuligheden som sådan eller arbejdsgiverens beslutning om, hvor mange arbejdstagere han vil opsiges hvornår, eller sågar forbyde meddelelsespligtige opsigelser. Denne bestemmelse vedrører tværtimod, som anført, kun arbejdsgiverens forpligtelser i henhold til lovgivningen om arbejdsfremme, men ikke hans arbejdsretlige pligter. Der er tale om en bestemmelse med ren reguleringsfunktion, som anser opsigelsen som retshandel for ubetænkelig og kun fastsætter proceduremæssige pligter af arbejdsmarkedspolitisk art forud for opsigelsen. Derfor påbyder den efter sjette afdelings opfattelse som sanktion for overtrædelser af de i bestemmelsen regulerede pligter ikke, at opsigelsen som sådan, der slet ikke er berørt af disse pligter, erklæres ugyldig, men kun en **sanktion i henhold til lovgivningen om arbejdsfremme** (*jf. vedrørende reguleringsbestemmelser BAG's dom af 9.7.1986, 5 AZR 385/83, vedrørende præmis III 1; BGH's dom af 30.4.1992, III ZR 151/91, vedrørende præmis II 3 a, BGHZ 118, 142; af 27.9.1989, VIII ZR 57/89, vedrørende præmis II 2 c, BGHZ 108, 364; BeckOK BGB/Wendtland § 134, udgave 1.11.2023, præmis 13; Soergel/Meier 14. oplag, § 134, præmis 39; MüKoBGB/Armbrüster 9. oplag, §*

134, præmis 58 f.; *Staudinger/Seibl/ Fischinger/Hengstberger (2021) § 134, præmis 109 f.*). Opsigelsens ugyldighed, som Bundesarbeitsgericht (forbundsdomstol i arbejdsretlige sager) hidtil har lagt til grund, fører derimod under tilsidesættelse af opbygningen af KSchG's § 17 til et indgreb i arbejdsgiverens erhvervsmæssige beslutningsfrihed. Et sådan indgreb går ud over, hvad der er nødvendigt for at gennemføre meddelelsesprocedurens mål om at mindske de socioøkonomiske virkninger af kollektive afskedigelser. Derfor er der efter sjette afdelings opfattelse i modsætning til afdelingens hidtidige overbevisning ikke mulighed for den **arbejdsretlige sanktion** i form af ugyldighed af en opsigelse, som er erklæret under tilsidesættelse af forpligtelserne i henhold til KSchG's § 17, stk. 1 og 3, som hører til lovgivningen om arbejdsfremme (*jf. for KSchG's § 17, stk. 3, femte punktum, BAG's dom af 19.5.2022, 2 AZR 467/21, præmis 17*).

4 Opsigelsens ugyldighed som følge af tilsidesættelse af de pligter, der påhviler arbejdsgiveren i henhold til KSchG's § 17, stk. 1 og 3, kan efter sjette afdelings opfattelse heller ikke udledes af KSchG's § 18, stk. 1. Ifølge denne bestemmelse får afskedigelser før udløbet af blokeringsperioden ganske vist kun »virkning« med arbejdsformidlingens samtykke. Deri ligger der imidlertid ikke et krav om myndighedens godkendelse.

a) Når lovgiver anordner, at en ensidig retshandel kræver godkendelse, er godkendelsen en lovfæstet betingelse for gyldigheden. Uden »dispensation« fra det eksisterende forbud er retshandlen ikke tilladt og principielt ugyldig, hvis den alligevel foretages. Denne retsvirkning kræver ikke anvendelse af BGB's § 134 (*jf. BGH's dom af 28.10.1953, VI ZR 217/52, vedrørende præmis IV 1, BGHZ 11, 27; Staudinger/Seibl/Fischinger/Hengstberger (2021) § 134, præmis 195; MüKoBGB/Armbrüster 9. oplag, § 134, præmis 14; Soergel/Meier 14. oplag, § 134, præmis 79; BeckOK BGB/Wendtland § 134, version 1.11.2023, præmis 14*).

b) Kollektive afskedigelser er – til forskel fra opsigelser af svært handicappede eller gravide – uanset formuleringen i KSchG's § 18, stk. 1, som kan misforstås, ikke underlagt et forbehold for statslig godkendelse. Meddelelsesproceduren regulerer ikke, »om« opsigelser kan finde sted, men kun »hvordan«. Den kræver kun overholdelse af en bestemt procedure, men ikke indhentning af en godkendelse af opsigelsen fra arbejdsformidlingen. Afgørelsen om blokeringsperioden er ikke en frigivelseserklæring for opsigelser, som i øvrigt skal være sket for længst på dette tidspunkt. Derfor træffer arbejdsformidlingen med afgørelsen om blokeringsperioden ikke afgørelse om, hvorvidt opsigelser, der er omfattet af KSchG's § 17, er gyldige i henhold til lovgivningen om kollektive afskedigelser (*således dog Moll Anm. AP KschG 1969, § 17, nr. 40, under II 2 a*), ligesom den heller ikke med afgørelsen bekræfter, at afslutningen af ansættelsesforholdet er gyldig (*således dog Moll RdA 2021, 49, 57*). Den træffer kun afgørelse om blokeringsperiodens varighed, men ikke om gyldigheden af meddelelsen om kollektive afskedigelse og dermed slet ikke om opsigelsens gyldighed (*jf. BAG's dom af 28.6.2012, 6 AZR 780/10, præmis 73, 75, BAGE 142, 202*).



- 5 Efter sjette afdelings opfattelse er det heller ikke hverken påbudt eller muligt at foretage en fortolkning i overensstemmelse med EU-retten af KSchG's § 18, som indebærer, at opsigelsen er ugyldig, hvis der ikke er sket en korrekt meddelelse af den kollektive afskedigelse (*i denne retning dog formentlig Moll RdA 2021, 49, 56 f.*).
- a) For det første påbyder direktiv 98/59 som anført (*præmis 8*) netop ikke, at sanktionskonsekvensen af opsigelser, der er foretaget under tilsidesættelse af de proceduremæssige bestemmelser i KSchG's § 17, stk. 1 og 3, er, at disse er ugyldige.
- b) For det andet fastsættes det ganske vist også i artikel 4, stk. 1, i direktiv 98/59, at de planlagte kollektive afskedigelser »får virkning« tidligst 30 dage efter modtagelsen af meddelelsen om kollektive afskedigelser. Det er imidlertid åbenbart i form af en *acte éclairé*, at der under ingen omstændigheder kan udledes en sanktion af artikel 4, stk. 1, i direktiv 98/59. Direktiv 98/59 afstår ifølge direktivets tilblivelse netop fra en sanktion. Denne skal alene indføres af medlemsstaterne.
- c) For det tredje – og dette er efter sjette afdelings opfattelse afgørende – er opsigelsens ugyldighed som retsvirkning af fejl i meddelelsesproceduren uafhængigt af, om dette er den eneste sanktion, som i national ret opfylder princippet om *effet utile*, i strid med **proportionalitetsprincippet**, som medlemmerne ligeledes skal overholde ved fastsættelsen af sanktioner. Derfor kan sanktionskonsekvensen »opsigelsens ugyldighed« efter sjette afdelings opfattelse heller ikke udledes af nogen anden bestemmelse i tysk ret ved en fortolkning i overensstemmelse med EU-retten. Hverken sjette eller anden afdeling ved Bundesarbeitsgericht (forbundsdomstol i arbejdsretlige sager) har imidlertid taget tilstrækkeligt hensyn til proportionalitetsprincippet i deres hidtidige retspraksis, men har i stedet udelukkende haft fokus på kravet om *effet utile*.
- aa) Kravet om proportionalitet for medlemsstaternes fastsættelse af sanktioner er ganske vist ikke udtrykkeligt forankret i direktiv 98/59, til forskel fra f.eks. i artikel 12, stk. 6, og artikel 20 i direktiv 2014/67/EU (*EUT L 159 af 28.5.2014, s. 11*) (*Vedrørende kravet om proportionalitet for sanktionen for tilsidesættelser af direktivet allerede før ikrafttrædelsen af Den Europæiske Unions charter om grundlæggende rettigheder (herefter »chartret«) jf. Domstolens dom af 8.6.1994, C-383/92, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, præmis 40*). Alligevel gælder dette generelle princip, som er fastlagt i chartrets artikel 52, stk. 1, andet punktum, også ved anvendelsen af direktiv 98/59 og ved fastsættelsen af sanktionerne for tilsidesættelse af de pligter, som direktivet indebærer (*jf. for den ved artikel 49 og artikel 63 TEUF sikrede etableringsfrihed Domstolens dom af 21.12.2016, C-201/15, AGET Iraklis, præmis 70; Schubert/Schmitt JbArbR bd. 59, s. 81, 83 ff.*). Dette følger af chartrets artikel 51, stk. 1, første punktum. Ved gennemførelsen af direktiverne er medlemsstaterne bundet af chartret (*Domstolens dom af 17.4.2018, C-414/16, Egenberger, præmis 49*). Derfor skal også medlemsstaternes domstole overholde chartret ved fortolkning og anvendelse af

EU-retten og national ret, som gennemfører EU-ret (*for anvendelsen af en forordning Domstolens dom af 25.5.2016, C-559/14, Meroni, præmis 44*), også i tilfælde, hvor medlemsstaterne råder over en skønsbeføjelse i forbindelse med gennemførelsen (*Domstolens dom af 9.3.2017, C-406/15, Milkova, præmis 51 f.; Lenaerts/Rüth RdA 2022, 273, 277*). Dette gælder også i forbindelse med fastsættelse af sanktioner for tilsidesættelser af pligterne i proceduren for kollektive afskedigelser. Dermed opfyldes en forpligtelse, som følger af EU-retten, hvilket er omfattet af anvendelsesområdet for chartret og dermed dettes artikel 52, stk. 1, andet punktum (*jf. Domstolens dom af 19.11.2019, C-609/17 m.fl., TSN, præmis 50 ff.; Lenaerts/Rüth op.cit.*).

bb) De sanktioner for fejl fra arbejdsgiverens side i proceduren for kollektive afskedigelser, som skal fastsættes af den tyske lovgiver henholdsvis ved dennes inaktivitet af arbejdsretterne, skal ifølge dette være egnede og nødvendige for at nå de mål, der forfølges med gennemførelsesbestemmelsen, og må ikke være uforholdsmæssige i forhold til målene. En sanktion er ikke nødvendig, hvis dens streghed ikke svarer til grovheden af den overtrædelse, som den har til formål at straffe (*jf. Domstolens kendelse af 19.12.2019, C-645/18, Bezirkshauptmannschaft Hartberg-Fürstenfeld, præmis 30 ff.; af 12.9.2019, C-64/18 m.fl., Maksimovic, præmis 39 og den deri nævnte retspraksis*).

cc) Efter sjette afdelings opfattelse er opsigelsens ugyldighed **ikke en egnet** sanktion for tilsidesættelser af arbejdsgiverens forpligtelser i henhold til KSchG's § 17, stk. 1 og 3, allerede af den grund, at denne sanktion ikke kan fremme de formål, som tilsigtes med pligten til at give meddelelse om kollektive afskedigelser. Der sker en sammenblanding af det individuelle, ansættelseskontraktlige niveau og det arbejdsfremmeretlige, arbejdsmarkedspolitiske niveau.

(1) Den tyske lovgivning om beskyttelse mod opsigelse sanktionerer principielt kun fejl, som, hvis de var blevet opfyldt, skulle og kunne have forhindret den konkret erklærede opsigelse. Dette gælder navnlig for opsigelser i strid med sociale normer og for den særlige opsigelsesbeskyttelse. Derfor er opsigelser f.eks. gyldige, selv om der er begået fejl i forbindelse med udvælgelsen efter sociale kriterier, men disse ikke havde indvirkning på resultatet af udvælgelsen, og udvælgelsesfejlen altså ikke blev kausal (*fast retspraksis, senest BAG's dom af 8.12.2022, 6 AZR 31/22, præmis 71*). Opsigelser er f.eks. ligeledes heller ikke ugyldige, hvis det påkrævede integrationsforløb i virksomheden i henhold til Sozialgesetzbuch (sociallov, herefter »SGB«) IX' § 167, stk. 2, ikke er blevet gennemført, men arbejdsgiveren kan godtgøre, at dette forløb ville have være objektivt nyttesløst (*jf. BAG's dom af 15.12.2022, 2 AZR 162/11, præmis 20*).

De pligter, der påhviler arbejdsgiveren i meddelellesproceduren over for arbejdsformidlingen, er ikke beregnet på at forhindre opsigelserne. De har tværtimod netop til formål at mindske de socioøkonomiske indvirkninger på det lokale arbejdsmarked, som uundgåeligt vil forekomme som følge af de planlagte (gyldige) opsigelser (*jf. præmis 18*). Dette arbejdsmarkedspolitiske mål fremmes

imidlertid ikke af sanktionen i form af opsigelsernes ugyldighed. Efter erkendelsen af fejlen er arbejdsgiveren blot forpligtet til på ny at erklære opsigelserne, som er nødvendige for at gennemføre hans erhvervmæssige beslutning. Dette reducerer ikke belastningen for det lokale arbejdsmarked, den indtræder blot med forsinkelse.

(2) Desuden er sanktionen i form af opsigelsens ugyldighed i tilfælde af fejl fra arbejdsgiverens side i meddelelsesproceduren, som indholdsmæssigt hører til lovgivningen om arbejdsfremme og dermed til socialretten, uegnet allerede af den grund, at den sker på det individuelle, ansættelseskontraktlige niveau. Dette udgør et systembrud. Efter sjette afdelings opfattelse kan kun sanktioner, som kan henføres til lovgivningen om arbejdsfremme, være egnede.

dd) Selv hvis det lægges til grund, at opsigelsens ugyldighed er en egnet sanktion for fejl i meddelelsesproceduren, er den efter sjette afdelings opfattelse **ikke passende** og dermed ikke forholdsmæssig i snæver forstand. Den belastning, der indtræder med denne sanktion, står ikke længere i et rimeligt forhold til de fordele, som den indebærer for håndhævelsen af det arbejdsmarkedspolitiske mål med de pligter, der påhviler arbejdsgiveren på dette stadium i proceduren for kollektive afskedigelser.

(1) Den i retspraksis udviklede sanktion i form af opsigelsens ugyldighed udgør i strid med opbygningen af KSchG's § 17 (jf. *præmis 13*) og direktiv 98/59 (*Domstolens dom af 21.12.2016, C-201/15, AGET Iraklis, præmis 31*) et alvorligt indgreb i den erhvervmæssige beslutningsfrihed. I sidste ende forbydes arbejdsgiveren dermed at gennemføre de planlagte opsigelser på det ønskede tidspunkt, selv om dette netop ikke er formålet med de pligter, der påhviler ham i meddelelsesproceduren. Dermed straffes fejl i meddelelsesproceduren strengere end andre fejl i den tyske lovgivning om opsigelsesbeskyttelse.

(2) På den anden side ophæves den belastning af det lokale arbejdsmarked, som sker som følge af kollektive afskedigelser, ganske vist i kraft af ugyldigheden af opsigelser, som erklæres under tilsidesættelse af pligterne i henhold til KSchG's § 17, stk. 1 og 3. Dette fører dog i reglen kun til en forsinkelse af denne belastning, fordi arbejdsgiveren er tvunget til at gentage de nødvendige opsigelser for at gennemføre sin erhvervmæssige beslutning (jf. *præmis 34*).

(3) Ved en samlet betragtning af de relevante hensyn står de ulemper for den berørte arbejdsgiver, som følger af opsigelsens ugyldighed, ikke længere i et rimeligt forhold til de fordele, der derved opnås med hensyn til at opfylde de arbejdsmarkedspolitiske mål, som lovgiver tilsigtede med meddelelsespligten. Denne sanktions strengthed svarer ikke længere til grovheden af den overtrædelse, som den har til formål at straffe, og er dermed efter sjette afdelings overbevisning uforholdsmæssig (jf. *Schubert/Schmitt JbArbR bd. 59, s. 81, 96, dog med afvigende opfattelse ved helt undladt meddelelse*).

ee) Det kan efter sjette afdelings opfattelse ikke anføres som argument mod dette afvejningsresultat, at det ifølge Bundesarbeitsgerichts (forbundsdomstol i arbejdsretlige sager) sjette og anden afdelings hidtidige retspraksis ikke er alle tilsidesættelser af forpligtelserne i henhold til KSchG's § 17, stk. 1 og 3, der fører til, at opsigelsen er ugyldig. Denne retspraksis skaber tværtimod i sig selv en manglende sammenhæng i retsvirkningen i form af opsigelsens ugyldighed i tilfælde af fejl i meddelelsesproceduren, fordi de trufne differentieringer ikke er stringente. Efter sjette afdelings opfattelse kan den nødvendige stringens kun opnås ved, at alle tænkelige fejl i meddelelsesproceduren ikke fører til, at opsigelsen er ugyldig.

(1) Sjette og anden afdeling har imidlertid udviklet et meget differentieret system af **retsvirkninger og sanktioner** vedrørende de mulige fejl i meddelelsesproceduren.

(a) Hvis der overhovedet **ikke gives meddelelse om kollektive afskedigelser**, medfører dette altid, at opsigelsen er ugyldig (*BAG's dom af 19.5.2022, 2 AZR 467/21, præmis 13; af 20.1.2016, 6 AZR 601/14, præmis 18, BAGE 154, 53*).

(b) Hvis arbejdsgiveren begår fejl i forbindelse med inddragelsen af samarbejdsudvalget i meddelelsesproceduren i henhold til KSchG's § 17, **stk. 3, andet og tredje punktum**, er opsigelsen ligeledes ugyldig (*BAG's dom af 14.5.2020, 6 AZR 235/19, præmis 135 ff., BAGE 170, 244; af 22.11.2012, 2 AZR 371/11, præmis 42 ff., BAGE 144, 47*).

(c) Også fejl i forbindelse med de såkaldte obligatoriske oplysninger som omhandlet i KSchG's § 17, **stk. 3, fjerde punktum**, fører til opsigelsens ugyldighed (*senest BAG's dom af 13.2.2020, 6 AZR 146/19, præmis 92 ff., BAGE 169, 362*).

(d) Derimod indebærer fejl i forbindelse med de såkaldte fakultative oplysninger som omhandlet i KSchG's § 17, **stk. 3, femte punktum**, ikke, at opsigelsen er ugyldig. Dette gælder både hvis de helt mangler (*BAG's dom af 19.5.2022, 2 AZR 467/21, præmis 12 ff.; af 19.5.2022, 2 AZR 424/21, præmis 11 ff.*), og hvis oplysningerne er forkerte eller utilstrækkelige (*BAG's dom af 11.5.2023, 6 AZR 267/22, præmis 41*).

(e) Hvis arbejdsgiveren i strid med KSchG's § 17, **stk. 3, sjette punktum**, ikke sender en kopi af de meddelelser, der er givet til Agentur für Arbeit, til samarbejdsudvalget, berører dette ikke opsigelsens gyldighed (*BAG's dom af 8.11.2022, 6 AZR 15/22, præmis 79 ff.; af 8.11.2022, 6 AZR 16/22, præmis 74 ff.*).

(f) Det eneste, der endnu ikke er afklaret, er følgerne af en tilsidesættelse af arbejdsgiverens pligt i henhold til KSchG's § 17, stk. 3, første punktum, til samtidig med meddelelsen at sende en kopi af meddelelsen til samarbejdsudvalget (*BAG's forelæggelseskendelse af 27.1.2022, 6 AZR 155/21 (A); jf. Domstolens dom af 13.7.2023, C-134/22, G GmbH*).

(2) Dette sanktionssystem, som er udviklet af retspraksis, er imidlertid efter sjette afdelings opfattelse ikke i overensstemmelse med det arbejdsmarkedspolitiske formål med meddelelsesproceduren (*præmis 18 f.*).

(a) Den forskellige behandling af fejl i forbindelse med de obligatoriske og de fakultative oplysninger er efter sjette afdelings opfattelse ikke stringent. Det forekommer ikke logisk, hvorfor på den ene side fejl i forbindelse med de fakultative oplysninger ifølge lovgivers vilje, som den er fortolket af anden afdeling, ikke fører til opsigelsens ugyldighed, selv om netop disse oplysninger er af væsentlig betydning for arbejdsformidlingens forberedelse på de socioøkonomiske belastninger af det lokale arbejdsmarked som følge af de planlagte kollektive afskedigelser, mens fejl i forbindelse med de obligatoriske oplysninger altid medfører, at opsigelsen bliver ugyldig, selv om i hvert fald oplysningerne i henhold til KSchG's § 17, stk. 2, første punktum, nr. 1 (årsager til opsigelsen), nr. 5 (udvælgelseskriterier) og nr. 6 (beregning af kompensation) er uden betydning for arbejdsformidlingens opgaver. Ligeledes er det ikke sandsynligt, at fakultative oplysninger om køn, alder og erhverv skulle være mindre relevante for meddelelsesprocedurens arbejdsmarkedspolitiske formål end de obligatoriske oplysninger i henhold til KSchG's § 17, stk. 3, fjerde punktum.

(b) Det hænger heller ikke sammen, at utilstrækkelig meddelelse om, hvilken opfattelse samarbejdsudvalget har af nødvendigheden af de planlagte kollektive afskedigelser, som højst har underordnet betydning for arbejdsformidlingens kendskab til den belastning, der må forventes for arbejdsmarkedet, og håndteringen af den, på grund af sjette og anden afdelings kvalificering af KSchG's § 17, stk. 3, andet og tredje punktum, som et lovfæstet forbud indebærer, at opsigelsen er ugyldig, mens det utilstrækkelige kendskab til de fakultative oplysninger, som er relevante i denne henseende, er uden betydning for opsigelsens gyldighed.

## II. Høringsproceduren

For god ordens skyld gør sjette afdeling opmærksom på, at den uanset de ovenfor beskrevne betænkeligheder ved det aktuelle sanktionssystem for fejl fra arbejdsgiverens side i meddelelsesproceduren ikke ser nogen anledning til at rejse tvivl om den sanktion for fejl i høringsproceduren, som er etableret i Bundesarbeitsgerichts (forbundsdomstol i arbejdsretlige sager) retspraksis.

1. Fejl i forbindelse med høringsproceduren medfører ifølge overensstemmende retspraksis fra Bundesarbeitsgerichts (forbundsdomstol i arbejdsretlige sager) sjette afdeling (*jf. senest BAG's dom af 13.6.2019, 6 AZR 459/18, præmis 39, BAGE /67, /02*) og anden afdeling (*siden BAG's dom af 21.3.2013, 2 AZR 60/12, præmis 19 ff., BAGE 144, 366*), at opsigelsen er ugyldig i henhold til BGB's § 134.

2. Denne sanktion opfylder åbenbart effektivitetsprincippet og er efter sjette afdelings opfattelse påbudt ifølge ækvivalensprincippet. Høringsproceduren

regulerer en kollektiv informationsret og har bl.a. til formål at give samarbejdsudvalget mulighed for at stille konstruktive forslag til arbejdsgiveren for at forhindre eller begrænse kollektive afskedigelser (*BAG's dom af 13.6.2019, 6 AZR 459/8, præmis 27, BAGE 167, 102; jf. vedrørende direktiv 98/59 også Domstolens dom af 13.7.2023, C-134/22, G GmbH, præmis 37 f.; og af 10.9.2009, C-44/08, Akavan Erityisalojen Keskusliitto AEK m.fl., præmis 51, 64*). Til forskel fra meddelelsesproceduren er det altså ligesom i § 102 i Betriebsverfassungsgesetz (lov om medarbejderrepræsentation, herefter »BetrVG«) intentionen, at samarbejdsudvalget skal kunne påvirke arbejdsgiverens beslutning. Sanktionen for fejl i forbindelse med høringsproceduren kan derfor ikke være mildere end den sanktion i form af opsigelsens ugyldighed, som er fastsat i BetrVG's § 102, stk. 1, tredje punktum. BetrVG's § 102, stk. 1, tredje punktum, betinger efter sjette afdelings opfattelse en parallelitet i sanktionerne. KSchG's § 17, stk. 2, er uanset sin forankring i lovgivningen om opsigelsesbeskyttelse en procedure, som er præget af lovgivningen om medarbejderrepræsentation (*BAG's dom af 22.9.2016, 2 AZR 276/16, præmis 37, BAGE 157, 1*). Telos bag medbestemmelsesretten i forbindelse med lovgivningen om medarbejderrepræsentation omfatter ifølge generelle principper i hvert fald også beskyttelse af arbejdstagerne, og høringsproceduren har derfor ligesom høringen af samarbejdsudvalget i henhold til BetrVG's § 102 en funktion af individuel beskyttelse (*Moll/Katerndahl Anm. AP KSchG /969 § 17 nr. 48 under I 1 b og den deri nævnte retspraksis; anden opfattelse Schubert/Schmitt JbArbR bd. 59, s. 81, 88 f.*).

3. Ugyldighed som konsekvens af fejl i høringsproceduren er efter sjette afdelings opfattelse også i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. Den fremmer det tilsigtede formål med høringsproceduren og er i overensstemmelse med princippet om, at fejl, som i det mindste potentielt er kausale for en udvælgelsesbeslutning i forbindelse med gennemførelsen af individuelt beskyttende medbestemmelsesprocedurer, har som konsekvens, at opsigelsen er ugyldig

4. Det følger desuden af ovenstående betragtninger, at KSchG's § 17, stk. 2, til forskel fra KSchG's § 17, stk. 1 og 3, udgør et lovfæstet forbud som omhandlet i BGB's § 134 (*jf. præmis 15 f.*). Det er åbenbart lovgivers vilje, at opsigelser, som er erklæret under tilsidesættelse af samarbejdsudvalgets lovbestemte påvirkning af arbejdsgiverens beslutning, skal forhindres. Overtrædelser af KSchG's § 17, stk. 2, berører arbejdsgiverens arbejdsretlige pligter. Bestemmelsen har derfor heller ikke kun en regulerende funktion (*jf. præmis 22*). Den kræver tværtimod en arbejdsretlig sanktion i form af opsigelsens ugyldighed.

### III. Betydning for afgørelsen

Bundesarbeitsgerichts (forbundsdomstol i arbejdsretlige sager) sjette afdeling agter på grund af de ovenfor anførte betragtninger at ændre sin retspraksis vedrørende retsvirkningerne af fejl i meddelelsesproceduren. Direktiv 98/59 forbyder ikke en sådan ændring af medlemsstaternes sanktioner (*Domstolens dom af 17.3.2021, C-652/19, Consulmarketing, præmis 44 ff.*). Med en afgørelse,

hvorefter undladelse af at give meddelelse om kollektive afskedigelser ikke indebærer, at opsigelsen er ugyldig, fraviger afdelingen imidlertid på afgørende vis Bundesarbeitsgerichts (forbundsdomstol i arbejdsretlige sager) anden afdelings afgørelse af 22. november 2012 (2 AZR 371/11, BAGE 144, 47), hvorefter opsigelsen er ugyldig, hvis der ikke foreligger en gyldig meddelelse om kollektiv afskedigelse ved dens modtagelse (*præmis 37, 42 ff., 48*). Det er derfor nødvendigt at rette en forespørgsel i henhold til ArbGG's § 45, stk. 3, første punktum, til anden afdeling om, hvorvidt denne fastholder den nævnte retsopfattelse.  
[Udelades]

[Udelades]

ARBEJDSDOKUMENT